Le renvoi préjudiciel et l'instauration d'un dialogue des juges

Le cas de la Cour de justice de l'Union européenne et du juge administratif français

---

NAÏKÉ LEPOUTRE

Doctorante à l'Université Lille II – Droit & Santé

Le mécanisme du renvoi préjudiciel est aujourd'hui couramment reconnu comme étant l'un des moyens privilégié de dialogue entre les juges internes et la Cour de justice de l'Union européenne. Il a pour finalité de mettre en cohérence les jurisprudences en présence. Sans lui, des risques de divergences d'interprétation ou d'appréciation de validité existeraient et auraient pour effet de vider de leur substance les traités et les normes dérivées, altérant irrémédiablement la construction de l'Union Européenne et mettant en péril la sécurité juridique des justiciables et des citoyens européens. Le mécanisme préjudiciel est un rempart à l'éparpillement des interprétations et des applications du droit de l'Union dans les États membres. Pour éviter ces écueils il a fallu que cette voie procédurale s'accompagne d'un dialogue entre les juridictions.

Historiquement, la première expression, remarquée, « du dialogue des juges », notamment dans le cadre du renvoi préjudiciel, apparaît grâce au Président Genevois[1], par ses célèbres conclusions dans l'affaire *Cohn-Bendit*[2] qui l'ont

---

[1] À l'époque, seuls cinq renvois avaient été effectués par le Conseil d'État (*SYNACOMEX* de 1970, *Union des Minotiers de la Champagne* de 1974, *Charmasson* de 1974 également, *Syndicat viticole des Hautes graves de Bordeaux* de 1978 et *Dame Damas* de 1979) et huit par les tribunaux administratifs (TA de Paris, 5 juin 1973 ; TA de Paris, 16 décembre 1974, *Rutili* ; TA de Lyon, 5 septembre 1974 et 29 mai 1975 ; TA de Nancy, 25 novembre 1976, *Société des Moulins et Huileries de Pont-à-Mousson* ; TA de Chalons-sur-Marne, 1er février 1977 et 4 décembre 1978 ; et enfin TA de Paris, 22 mars 1978, *Buitoni contre FORMA*). Le dialogue entre les juges est envisagé comme étant autant l'instrument nécessaire à l'épanouissement du droit communautaire qu'à celui du droit administratif, au rayonnement de ce dernier sur l'ensemble du territoire de l'Union Européenne et à l'intégration du juge administratif, dans le processus de création du droit communautaire.

[2] CE, 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur contre Cohn-Bendit*. Nous n'étudierons pas la thématique de l'effet direct des directives non transposées en droit interne, ni les difficultés que cet arrêt a fait naître entre

érigé en créateur de cette doctrine ; il y déclare qu'à « l'échelon de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges, ni guerre des juges » il doit, plutôt, « y avoir place pour le dialogue des juges ». En réalité l'expression de « dialogue des juges » avait déjà fait une apparition dans l'ouvrage du Président Lecourt[3], certes moins remarquée, mais tout aussi fructueuse.

Le dialogue des juges, dans le cadre du renvoi préjudiciel permet aux juridictions nationales de contribuer à la construction communautaire[4]. Il leur assure également une prise en compte de leur point de vue, ainsi que la possibilité d'exercer une influence sur la formation de ce droit en gestation[5], par l'élaboration de jurisprudences qui pourront être une source d'inspiration pour le juge de l'Union. Le dialogue des juges débouchera sur une acceptation réciproque des autorités de chacune des juridictions qui y prennent part, il permettra un échange constructif pour le droit, au bénéfice des justiciables. Il a pour effet de créer une interaction entre les interlocuteurs[6], un consensus sur les points de droit discutés.

Le dialogue est, en principe, inhérent à la fonction juridictionnelle. Il apparaît entre les parties, selon le principe du contradictoire, mais aussi entre les membres de

---

le juge administratif et le juge communautaire, ni d'ailleurs de façon plus détaillée cet arrêt, car cette thématique, bien qu'elle soit en lien avec notre sujet, ne lui est ni directement rattachable, ni indispensable, il s'agit plus d'un problème d'articulation des normes juridiques que d'un problème relationnel entre les juges.

[3] R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, collection Droit de l'Union européenne, Grands écrits, 2008, (réédition de l'ouvrage publié en 1976), p. 266.

[4] F. LICHÈRE, in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD, (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* , Bruxelles, Bruylant, Droit et Justice, n° 53, Actes de la Journée d'étude organisée le 10 février 2003 à la Faculté de Droit, d'économie et d'administration de l'Université de Metz, 2004, p. 13 ; P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *Revue internationale de droit comparé*, n° 26, 1974, p. 8.

[5] « Si les fondations de l'ordre juridique communautaire ont été posées dès 1963-1964, il est vrai que l'établissement de celui-ci représente « un processus en marche » (R. KOVAR : « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RADE* 1993, vol. IV, tome 1, pp. 15-22) et non une structure définitivement cristallisée » (R. MEHDI, « Justice communautaire », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004). D'où l'intérêt constant du sujet d'étude en rapport avec l'interprétation mais également la validité dans le contexte d'un droit évolutif, de normes évolutives et de l'adoption de nouvelles normes tant dans des domaines nouveaux que dans des domaines classiques.

[6] R. DENOIX DE SAINT MARC, in B. LUKASZEWICZ et H. OBERDORFF (dir.), *Le Juge administratif et l'Europe : Le dialogue des juges. Actes du Colloque du 50ème anniversaire des Tribunaux administratifs, 12 et 13 mars 2004* ; Grenoble, PUG, Europa, 2004, p. 13 ; et L. POTVIN-SOLIS in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD, (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* , *op. cit.*, p. 19.

la formation de jugement, pendant le délibéré[7] notamment. *A fortiori* il doit être présent entre les juges amenés à se prononcer sur une même question dans le cadre d'une même affaire. Il s'agit d' « une nécessité pratique »[8].

Dans le cadre de notre étude, le « concept de « dialogue des juges » désigne l'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques entre magistrats. Il symbolise la relation que peuvent entretenir les juges de différentes juridictions… »[9]. Effectivement, sur le plan philosophique, la notion de dialogue est vue (notamment par Martin Buber) comme un moyen d'entrer en contact et non comme un moyen de rechercher une solution à un problème déterminé. Le dialogue en philosophie permet de penser à deux et d'élaborer ensemble une vision commune des choses. C'est également le cas pour ce qui est du droit. En effet, le dialogue qui peut s'établir entre les juges fait d'eux, et ce de façon alternative, un émetteur et un récepteur. Il est possible de décomposer la théorie du dialogue des juges en trois étapes devant se succéder. Une première étape consisterait à s'écouter, l'écoute permettant de se placer dans un contexte déterminé et de s'inscrire dans le bon sujet, avec les bons objets. Une deuxième étape serait celle de la proposition, de la participation active de l'émetteur et de l'essai d'une influence par la persuasion. Une dernière étape se caractériserait enfin par un échange[10] pour la construction commune d'un droit cohérent. Le dialogue des juges dépend de la bonne volonté des juges concernés. Il suppose dès lors « un climat de bonne volonté et de compréhension réciproque »[11]. Il ne peut pas être fait d'opposition d'arguments entre les interlocuteurs, il faut une émulation saine afin de faire progresser l'ordre juridique, de faire que les jurisprudences soient des sources d'inspiration pour les autres juridictions.

Cependant le « jugement prononcé par la juridiction saisie du litige ne saurait *a priori* procéder d'une mission exercée de manière commune ou conjointe avec

---

[7] L. POTVIN-SOLIS, in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD, (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* , *op. cit.*, p. 20 ; Intervention de J.-M. SAUVÉ, *Cérémonie de remise des mélanges au Président Bruno Genevois*, 16 décembre 2008, p. 2 ; F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD, (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

[8] F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD, (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

[9] J. ALLARD, in *Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, Les cahiers de l'Institut d'Études de la justice, n° 9 ; 2007, p. 77.

[10] Et c'est d'ailleurs là que les rôles d'émetteur et de récepteur peuvent et doivent s'inverser alternativement.

[11] G. DUROZOÏ et A. ROUSSEL, *Dictionnaire de Philosophie*, Paris, Nathan, 1997, p. 111.

d'autres institutions, fussent-elles également de nature juridictionnelle »[12]. C'est là tout le problème du mécanisme préjudiciel et la raison pour laquelle la coopération juridictionnelle et le dialogue entre les juges instigués par l'article 267 du TFUE ne se sont installés qu'après maintes difficultés surmontées.

Le renvoi préjudiciel correspond, de fait, à un système de répartition de compétences[13] entre la Cour de justice et les juridictions nationales. Il peut être comparé à un système de vases communiquants dès lors que les juridictions internes sont seules compétentes pour appliquer aux litiges les normes communautaires, devant pour ce faire transmettre à la Cour les questions d'interprétation et d'appréciation de validité qu'elle est seule à pouvoir trancher.

L'article 267 du TFUE prévoit dans son alinéa 2 que les juridictions nationales dont les décisions sont susceptibles de recours internes peuvent renvoyer des questions d'interprétation et d'appréciation de validité à la Cour de justice. Les juges nationaux, dont les décisions sont insusceptibles de recours internes, doivent renvoyer ces questions à la Cour de justice : la faculté de renvoi est donc le principe et l'obligation, l'exception[14].

Certes, au niveau communautaire et pour nombre d'États membres, le mécanisme du renvoi préjudiciel a constitué une nouveauté procédurale sans précédent, mais cela n'a pas été réellement le cas pour le juge administratif français qui connaissait et usait déjà de ce mécanisme pour communiquer avec le juge judiciaire ou avec le Ministre des affaires étrangères. La seule vraie nouveauté, pour le juge administratif français, fut qu'il s'adressa dorénavant au juge communautaire pour faire trancher des questions d'interprétation et d'appréciation de validité des normes communautaires.

Il est même considéré que le renvoi en appréciation de validité « est issu du droit administratif français »[15], puisqu'il existe entre les deux ordres de juridictions nationales. S'agissant du contrôle de la validité, la Cour contrôle « la légalité interne

---

[12] F. PICOD, « La coopération juridictionnelle », in J. FINCK (dir.), *L'Union Européenne : carrefour des coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, p. 199.

[13] F. PICOD, « La coopération juridictionnelle », *ibidem*, p. 199. Monsieur le Professeur Labayle considère que le renvoi préjudiciel « repose sur l'impuissance du juge à affronter une question pour laquelle il n'est pas compétent ». Il s'agit donc bien d'un problème de répartition de compétences à la base de l'institutionnalisation du dialogue des juges, par le mécanisme préjudiciel.

[14] J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et Juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, p. 18. Il en découle selon l'auteur qu'il s'agit bien d'une coopération à base volontariste. CJCE, 6 avril 1962, *Bosh*, affaire 13/61, CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost contre Hauptzollamt Lübeck-Ost*, affaire 314/85, ou encore CJCE, 17 juillet 1997, *Krüger*, affaire C-334/95.

[15] J.-F. COUZINET, « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit européen* 1976, p. 648.

et externe des actes pris par les institutions de la Communauté et de la BCE »[16]. Notons que le juge administratif français contrôle également la légalité des actes administratifs en se référant à leur légalité interne et externe. Serait-ce ici une preuve du dialogue informel qui s'est établi entre les juges et les procédures ? En tout cas, il s'agit là de l'une des particularités du juge administratif français au regard du renvoi préjudiciel instauré par le droit de l'Union européenne[17].

C'est par le biais du renvoi préjudiciel que la Cour de justice a rendu des arrêts incontournables et fondateurs tel que celui rendu dans la célèbre affaire *Van Gend en Loos*[18], ou l'arrêt *Costa contre ENEL*[19], ou encore l'arrêt *Da Costa*[20] qui porte sur la compétence de la Cour statuant à titre préjudiciel[21]. Il s'agit d'une preuve de l'importance du mécanisme dans la construction. La nécessité du dialogue dans cette perspective n'est plus à démontrer car les juridictions nationales doivent y être associées, participer à la construction et au renforcement de l'ordre juridique de l'Union européenne où la Cour de justice exerce un rôle fondateur et les juges de droit commun du droit communautaire ne peuvent en être écartés.

Selon le Président de la Section du Contentieux du Conseil d'État, Monsieur Stirn, le renvoi préjudiciel est bien « l'instrument privilégié » du dialogue des juges en droit de l'Union Européenne[22]. Il est, en effet, le seul lien procédural

---

[16] J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, Paris, LGDJ, 5ème édition, 2006, p. 943.

[17] L'une des autres spécificités du juge administratif français est qu'il a résisté à l'instauration d'un dialogue des juges par le renvoi préjudiciel par l'emploi de différentes techniques procédurales qu'il conviendra d'analyser par la suite. Bien d'autres spécificités du juge administratif français dans le cadre du renvoi préjudiciel démontrent l'attrait du sujet, comme par exemple l'importance du français dans le travail de la Cour de justice, le rôle de l'avocat général plus que comparable à celui du rapporteur public, ou encore les exigences de motivation et les ressemblances dans la motivation des décisions juridictionnelles des deux juridictions, ou le fait enfin que le juge administratif français contrôle l'action de la puissance publique et la réalisation des missions d'intérêt général faisant ainsi de lui une juridiction particulière dans la construction du droit public européen.

[18] Arrêt du 5 février 1963, affaire 26/62, relatif au principe de l'effet direct du droit communautaire et de l'autonomie de l'ordre juridique qu'il fonde vis-à-vis des ordres juridiques nationaux et de l'ordre juridique international, entre autres.

[19] Arrêt du 15 juillet 1964, affaire 6/64, posant le principe de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, par rapport aux ordres juridiques des États membres (en ces termes : « deux ordres juridiques distincts et différents ») et de la primauté de celui-ci sur les droits internes des États membres.

[20] Arrêt du 27 mars 1963, affaire 28-30/62.

[21] La Cour indique dans cet arrêt que quand elle est saisie à titre préjudiciel, elle doit exclusivement interpréter le texte qui lui est soumis et non l'appliquer à l'espèce. Il s'agit là d'un arrêt de principe relatif à la branche interprétative du renvoi préjudiciel.

[22] B. STIRN, « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *La Gazette du Palais*, 13-14 février 2009, p. 3.

que peuvent établir entre eux, les juges nationaux et les juges de l'Union[23]. Il faut ajouter à ce constat que le renvoi préjudiciel est le seul moyen pour les juridictions nationales d'influer et de contribuer à la construction du droit communautaire de manière palpable et tangible, bien qu'existent et se multiplient des échanges formels entre les juridictions nationales et européennes, notamment par la réalisation de réunions – colloques – rencontres – visites et autres relations d'ordre assez protocolaire et diplomatique, contribuant ainsi également à la mise en place d'un dialogue des juges – mais celui-ci s'exerçant en dehors du cadre contentieux. Une dernière forme de dialogue, moins visible que les précédentes mais néanmoins non négligeable, est celle de l'échange de jurisprudences. Entendons par là le fait que les juridictions nationales et européennes s'inspirent des jurisprudences des autres Cours afin de régler des problèmes qui se sont posés de la même façon et ont été tranchés par d'autres juridictions. Cet échange cependant est plus discret, plus insidieux, dans la mesure où il arrive rarement que la juridiction auteur avoue explicitement s'être fondée sur une décision de telle ou telle autre juridiction pour adopter cette position novatrice (l'aspect novateur étant dès lors absent). Ces deux autres formes de dialogue sortant de notre champ de discussion seront ainsi seulement citées mais elles mériteraient une étude plus approfondie.

La nécessité de la mise en place de ce dialogue est dès lors avérée et n'est surtout plus contestable. Sans lui, la Cour de justice ne pourrait accomplir la mission confiée par l'ex-article 220 du TCE « de préserver le droit dans l'interprétation et l'application du traité et des normes qui le mettent en œuvre »[24]. Elle a besoin des juridictions nationales, et notamment du juge administratif français, pour remplir cette mission, tant en amont, c'est-à-dire pour la saisir, qu'en aval pour l'influencer. Dans ce cadre, elle « joue un rôle régulateur absolument essentiel et le dialogue jurisprudentiel entre cette Cour et les juridictions nationales revêt la plus haute importance »[25].

Dans ce rôle de régulateur, la juridiction luxembourgeoise a dû, face aux juridictions nationales telles que le Conseil d'État, évacuer des difficultés de mise en place (I) en vue, à terme, de dialoguer de manière constructive pour l'application cohérente du droit de l'Union (II).

---

[23] T. RONSE et D. WAELBROECK, « La Cour de justice Juridiction suprême », in P. MAGNETTE et É. REMACLE (dir.), *Le nouveau modèle européen*, Volume 1 : Institution et gouvernance, Bruxelles, Université de Bruxelles, Institut d'Études européennes, 2000, p. 89.

[24] K. LENAERTS, in *Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, *op. cit.*, p. 122. Ces propos sont ceux d'un juge à la CJCE. Il peut en être déduit qu'un dialogue est bien en train de s'installer entre les juges et que le mécanisme préjudiciel est l'un des facteurs de ce dialogue.

[25] Intervention de J.-M. SAUVÉ au *Colloque organisé par le CEDECE le 27 juin 2008 : 50 ans de droit communautaire*, accessible en ligne : http://www.conseil-etat.fr/cde/media/document/jean-marc_sauve_colloque_cedece_270608.pdf, p. 7.

I – DES DÉBUTS DÉLICATS DANS L'AFFIRMATION DU DIALOGUE

La répartition de compétences, établie par les traités, a fait du juge national le déclencheur de la relation « de juge à juge »[26]. Les juges internes ont compétence pour diagnostiquer et caractériser le besoin d'interprétation et d'appréciation de validité des normes communautaires à appliquer[27]. Dès lors, ils ont une responsabilité première dans la mise en place du dialogue qui pourrait se dégager de l'utilisation du mécanisme préjudiciel. Dans la mise en œuvre de cette procédure le juge administratif notamment[28] a exprimé quelques réticences.

Il est possible d'étudier ces réticences de façon chronologique en abordant les techniques utilisées par les juridictions freinant l'instauration du dialogue des juges. Cet aspect chronologique correspond au temps et aux étapes du procès qui passent par un incident procédural indispensable à l'issue du litige.

En effet, les difficultés sont apparues d'une part dans le déclenchement de la procédure préjudicielle, donc en amont (1), et d'autre part en aval (2) avec notamment des pressions exercées sur l'autorité des arrêts de la Cour de justice.

1) Les difficultés procédurales en amont : les raisons et les méthodes d'expression des réticences au déclenchement du renvoi

Le fait que la procédure préjudicielle soit assimilable à un système de vases communicants au sein duquel les juges se partagent la compétence permet de comprendre certaines des réticences des juges nationaux et celles de la Cour plus insidieusement exprimées.

a) Les raisons historiques de l'expression de réticences.

Ces juridictions ont eu du mal à admettre, pour les premières, qu'un juge issu d'un ordre juridique nouveau et différent puisse influer sur le champ de leurs compétences au gré de sa jurisprudence ; et, pour la seconde, qu'une multitude de juridictions puisse empiéter sur les compétences qui lui ont été attribuées par les Traités.

Le bon fonctionnement du mécanisme préjudiciel nécessite dès lors « un respect intransigeant des compétences de l'autre et de son autonomie »[29]. Le juge

---

[26] J. PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et Juges nationaux*, *op. cit.*, p. 14.

[27] J. PERTEK, « Renvoi préjudiciel en interprétation et appréciation de validité », *Jurisclasseur Europe-Traité*, mise à jour du 19 février 2005, n° 3, Fascicule 360, p. 4.

[28] Il peut être considéré que la responsabilité est partagée, car au départ, la Cour de justice n'était pas totalement disposée à laisser aux juridictions nationales la plénitude de leurs compétences.

[29] H. LABAYLE, « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *AJDA* 1983, p. 158.

national a une responsabilité dans la bonne application du droit communautaire et devrait recueillir « une confiance particulière […] lorsqu'il évalue la réalité du litige »[30] et la difficulté sérieuse qui lui est soumise.

C'est ici que réside le problème car, pendant un temps, aucune confiance n'a pu être promise au juge administratif français. Il se jouait de différentes méthodes pour ne pas soumettre à la Cour de justice les questions d'interprétation et de validité du droit de l'Union. Dans cette attitude de défiance, il est possible de constater qu'il a malheureusement été précurseur[31].

De son côté, la Cour de justice a exercé une certaine forme « d'activisme judiciaire »[32]. C'est peut être une des explications à donner aux difficultés préalables rencontrées par le mécanisme préjudiciel et le dialogue qui devait en ressortir.

Les rapports entre les deux juridictions ont été présentées au départ comme conflictuels[33]. Ce conflit s'est caractérisé et cristallisé sur la faculté ou l'obligation de renvoi en matière d'interprétation des normes communautaires. En effet, la théorie de l'acte clair a été utilisée par le juge administratif dans le but de ne pas soumettre de question préjudicielle à la Cour.

b) Première méthode : l'utilisation de la théorie de l'acte clair.

L'arrêt du Conseil d'État *Société des Pétroles Shell-Berre et autres*[34] est reconnu comme étant l'arrêt de principe appliquant la théorie de l'acte clair au droit communautaire. Pour la première fois, la Haute juridiction administrative française l'utilise pour ne pas renvoyer de question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes.

La théorie de l'acte clair a fait l'objet de commentaires particulièrement abondants de la part de la doctrine. Notons qu'elle consiste pour le juge administratif à décider de ne pas renvoyer de question d'interprétation à la Cour de justice, en considérant que la norme applicable présente suffisamment de sens pour ne pas devoir être éclairée par la juridiction compétente[35].

---

[30] H. LABAYLE, « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *ibidem*.

[31] Il a néanmoins été taxé de « nationalisme ombrageux » : H. LABAYLE, « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *ibidem*.

[32] R. MEHDI, « Justice communautaire », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004.

[33] J.-C. BONICHOT, « Convergences et divergences entre le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés Européennes », *RFDA*, n° 5, juillet-août 1989, p. 579.

[34] CE, 19 juin 1964, *Recueil Lebon*, p. 344.

[35] Voir notamment M. BROBERG et N. FENGER, « L'application de la doctrine de l'acte clair par les juridictions des États membres », *RTDE*, n° 46 (4), octobre-décembre 2010.

L'interprétation d'une norme juridique en droit public « ne consiste pas seulement à dégager le sens exact d'un texte qui serait peu clair, mais aussi à en déterminer la portée, c'est-à-dire le champ d'application temporel, spatial et juridique ainsi que l'éventuelle supériorité vis-à-vis d'autres normes »[36]. C'est également une analyse « permettant [d'une part] de donner une signification claire à un texte obscur ou de préciser toutes les applications que peut avoir une disposition, permettant [d'autre part] d'étendre l'application d'un texte au delà de sa lettre en se fondant sur les intentions de ses rédacteurs ou des besoins sociaux »[37]. En droit communautaire « l'opération d'interprétation est entendue de la manière la plus large »[38].

L'une des justifications avancées[39] consiste à dire que le juge administratif, en utilisant cette théorie, affirme son indépendance et son autonomie mais refuse également le monopole d'interprétation de la Cour de justice. Il préfèrerait sans doute voir dans le renvoi préjudiciel un partage de la compétence d'interprétation, plutôt qu'un dessaisissement de sa compétence. Ceci est l'un des facteurs de l'utilisation, par le juge administratif, de la théorie de l'acte clair. Cette attitude ne peut cependant être valablement considérée comme l'une des justifications légitimes, puisqu'elle est essentiellement tournée vers la violation intentionnelle et caractérisée du droit de l'Union Européenne dans son ensemble[40].

L'arrêt d'Assemblée du 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*[41], pose de manière flagrante le problème d'une utilisation abusive de la théorie de l'acte clair. En l'espèce le Conseil d'État déclare, par cinq fois, les dispositions communautaires claires et ne renvoie donc pas à la Cour les questions d'interprétation posées par le litige. Cette attitude peut être qualifiée de tendancieuse, dans la mesure où il paraît douteux de pouvoir ainsi, au cours d'un même litige, multiplier les recours à la théorie de l'acte clair pour déjouer voire annihiler la compétence interprétative de la Cour de justice.

---

[36] R. GUILLIEN et J. VINCENT (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 14ème édition, 2003, p. 328.

[37] R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Liège, Litec, Jurisclasseur, objectif droit, octobre 2002, p. 218.

[38] J. PERTEK, « Renvoi préjudiciel en interprétation et appréciation de validité », *op. cit.*, Fascicule 361, p. 11.

[39] H. LABAYLE, « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *op. cit.*, p. 164.

[40] C'est-à-dire les règles de l'Union concernées par les litiges principaux pendants devant le juge administratif et l'article du Traité fondant le renvoi préjudiciel, ce qui revient donc à des violations éventuelles du droit de l'Union originaire et/ou du droit de l'Union dérivé, mais également des règles de partage des compétences.

[41] CE, Ass., 12 octobre 1979, *Syndicat des importateurs de vêtements et produits artisanaux*, n° 08788.

Il est à noter qu'à plusieurs reprises les commissaires du Gouvernement ont mis en garde les juridictions administratives sur les dangers pouvant s'établir par une utilisation abusive de la théorie de l'acte clair[42].

Selon certains, l'usage de cette théorie[43] peut cependant être un remède au problème de l'encombrement du prétoire de la Cour de justice[44]. Dans ce cas, seul l'abus posera réellement problème. Une autre technique a été utilisée par le juge administratif pour ne pas renvoyer de question préjudicielle qui paraissait pourtant nécessaire.

c) Une seconde technique pour ne pas renvoyer de question préjudicielle : la règle du précédent

Cette règle est en partie issue de la *Common law* et s'inspire du *stare decisis* (du latin : rester sur la décision) selon lequel les tribunaux doivent rendre des décisions juridictionnelles conformes aux jurisprudences antérieures. La règle du précédent, dans le droit romain s'analyse plutôt en une forme de respect de la jurisprudence

[42] J.-H. Stahl note en ces termes le « souci de dialogue entre les juridictions […] paraît commun à tous les commissaires du gouvernement, dialogue raisonné, qui n'est pas dans leur esprit abdication, mais prise en compte réciproque, et somme toute bénéfique, de points de vue et de logiques parfois différentes » : J.-H. STAHL, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », *Revue administrative* 1997, numéro spécial, p. 39. Monsieur Labayle (H. LABAYLE, « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *op. cit.*, p. 155) indiquait que l'usage systématisé de la théorie de l'acte clair par le Conseil d'État l'amenait à un « nationalisme outrancier, poussant à l'obscuration ». Monsieur le Professeur Coussirat-Coustère va même jusqu'à considérer que la jurisprudence administrative est sur ce point « paradoxale et ses choix arbitraires » : V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, « Le juge administratif et le droit communautaire, Difficultés anciennes et résistances nouvelles », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, p. 86. Reprenons également à notre compte les propos de Monsieur le Vice Président du Conseil d'État J.-M. Sauvé : « les arrêts *Cohn-Bendit*, *ONIC*, *Subrini* et *Caillol* nous rappellent, parmi bien d'autres, que les éminents commissaires de cette génération n'ont pas toujours réussi dans leur « stratégie de persuasion », sans que cela n'altère pour autant leur perception du bonheur. Mais ils ont posé des jalons pour l'avenir et ils sont ensuite restés fidèles aux intuitions et aux analyses de leurs années passées au pupitre » : J.-M. SAUVÉ, *Cérémonie de remise des mélanges au Président Bruno Genevois*, 16 décembre 2008, p. 4. Le commissaire du gouvernement M. Guyomar dans les conclusions au sujet de l'arrêt *Arcelor* (CE, Ass., 8 février 2007, *Société ARCELOR Atlantique et Lorraine*, n° 287110 où le Conseil d'État se permet de trancher une question de compatibilité entre une directive et le TCE et d'en renvoyer une autre, alors qu'il aurait dû renvoyer les deux pour ne pas se faire juge de la légalité communautaire) a reformulé le souci de ne pas faire « cavalier seul », de ne pas engager « la guerre des juges » dans une Europe où se développe « un mouvement général de coopération judiciaire ».

[43] Qui de ce fait n'en est plus véritablement une, mais devient une pratique contentieuse.

[44] À l'époque où l'auteur écrit son article, l'encombrement du rôle de la Cour de justice n'est pas encore trop important mais il va le devenir par la suite, avec par exemple aujourd'hui un prétoire de la Cour où le renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité représente environ 50 % des affaires.

existante ; pour certains auteurs[45], il s'agit de la règle de la jurisprudence constante voulant qu'une seule décision soit la source et le fondement de la jurisprudence constante. Ce n'est pas le cas concernant la Cour de justice de l'Union européenne dans la mesure où elle-même se réfère dans ses arrêts à de nombreuses décisions antérieurement rendues pour motiver sa jurisprudence.

En application de la règle du précédent, les juridictions inférieures sont normalement tenues de respecter la jurisprudence de la juridiction supérieure[46] qui elle seule n'est pas tenue par sa propre jurisprudence.

Pour s'écarter de la jurisprudence existante, les juridictions inférieures utiliseront des techniques d'interprétation comme par exemple la différenciation en indiquant que l'espèce précédemment tranchée se différencie de la nouvelle espèce à trancher et que l'application d'une solution autre ne fait que compléter la jurisprudence antérieure et non la remettre en cause.

S'agissant des juridictions supérieures pour opérer un revirement de jurisprudence elles intègreront à leur motivation une interprétation dynamique et progressiste, dans la mesure où des changements de circonstances factuelles, juridiques ou encore des changements de vision des choses le nécessiteraient ou le légitimeraient[47].

Dans le cadre du renvoi préjudiciel la règle du précédent se met en œuvre, « dans les hypothèses où le Conseil d'État fait l'économie d'un renvoi, non parce que le texte est clair, mais pour le motif qu'il a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part »[48] de la Cour de justice.

Le problème est de déterminer si les espèces sont similaires, car aucune affaire à juger n'est en tout point identique. En effet les éléments de fait sont toujours dissemblables d'une affaire à l'autre. C'est pourquoi les juridictions pourront, pour évaluer la possibilité d'user de la règle du précédent, en faire abstraction en ne faisant référence qu'aux questions de droit à résoudre[49]. Le juge interne, s'il reconnaît que les espèces sont similaires, pourra appliquer par analogie la jurisprudence communautaire au litige de droit interne, sans renvoyer de questions préjudicielles à la Cour de justice ayant déjà tranché la question d'interprétation ou

---

[45] Cf. l'arrêt de la Cour suprême de Louisiane, *Med. Ctr. V. Caddo-Shreveport Sales et Use Tax Comm'n*, 903 S0. 2d 1071, n° 2004-C-0473.

[46] Ceci est éventuellement à mettre en relation avec une réflexion sur l'existence d'une hiérarchie entre les juridictions internes et la Cour de justice : même s'il s'agit d'une hiérarchie essentiellement fonctionnelle, laissant de côté les questions d'autorité, il y a hiérarchie, infériorité et supériorité…

[47] CEDH, 5ème Sect., 18 décembre 2008, *Unedic c. France*, n° 20153/04 § 38.

[48] B. GENEVOIS, « Le Conseil d'État et l'Ordre juridique communautaire », *EDCE* 19791980, p. 86.

[49] P. JUILLARD, « Procédure des questions préjudicielles et renforcement du lien communautaire », *RTDE* 1968, p. 326.

d'appréciation de la validité. Il s'agit alors d'une identité de norme applicable et non d'objet du litige.

La règle du précédent peut être considérée comme un prétexte à l'absence de renvoi à la Cour de justice. L'arrêt de 1967 du Conseil d'État, dans l'affaire *Société des Établissements Petitjean et autres*[50], est considéré comme la première illustration de l'utilisation de la règle du précédent par le juge administratif français[51]. Dans cette affaire, outre le fait qu'il utilise la théorie de l'acte clair concernant l'effet direct de dispositions du droit communautaire, il fait également application de la règle du précédent. Il statue en ces termes : « Considérant qu'il résulte de l'interprétation donnée, dans sa décision 6-64 du 15 juillet 1964, par la Cour de justice des Communautés européennes, statuant sur renvoi préjudiciel […] » C'est un exemple d'application simultanée et cumulative de la théorie de l'acte clair et de la règle du précédent.

Dans de nombreuses autres affaires la Haute juridiction administrative en fait de même[52]. Par exemple, dans l'arrêt du 15 avril 1996, *Transports Freymuth*[53], le

---

[50] CE, Section, 10 février 1967, n° 59125, 59126 et 59329, *Recueil Lebon*, p. 63.

[51] Il s'agit ici pour le Conseil d'État de considérer, au sujet de l'article 93 du Traité de Rome, qu'une interprétation déjà donnée par la Cour de justice fait ressortir qu'un moyen tiré de la méconnaissance par un texte interne (en l'espère l'ordonnance du 2 janvier 1959 dont il résulte notamment que l'établissement de taxes parafiscales n'est plus subordonné à l'octroi d'une habilitation spéciale mais peut être décidé par un décret en Conseil d'État dès lors qu'elle est perçue dans un intérêt économique ou social autre au profit d'une personne morale de droit public ou privé autre que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs) ne peut pas être invoqué par un particulier devant une juridiction française.

[52] Pour quelques exemples : CE, 11 décembre 1987, *Jean X*, n° 56645 ; cf. également, la même année, l'affaire *Ministre du travail et de la Formation Professionnelle contre Heisch*, n° 73887 ; cf. également la note du Professeur Prétot à l'*AJDA* de 1987, pp. 614 et 615 ; l'arrêt du 9 mai 1990, *Comité économique agricole fruits et légumes de la région Basse-Normandie*, n° 55171, où il cite la « décision 218/85 du 25 novembre 1986 [rendue] par la Cour de justice des communautés européennes, statuant sur renvoi préjudiciel » ; l'arrêt du 24 septembre 1990, *Maurice X*, n° 58657, où il cite la « décision du 25 novembre 1986 [rendue] par la Cour de justice des communautés européennes statuant sur renvoi préjudiciel » ; l'arrêt du 22 novembre 1991, *Association des centres distributeurs Édouard X*, où il cite la « décision du 10 janvier 1985 [rendue] par la Cour de justice des communautés européennes, statuant sur renvoi préjudiciel » ; l'arrêt du 7 décembre 1992, *Syndicat du commerce moderne de l'équipement de la maison*, n° 121441, où il cite la « décision du 28 février 1991 statuant sur renvoi préjudiciel » ; et la décision de la CAA de Paris du 12 juin 1995, *Office national interprofessionnel du lait et des produits laitiers*, n° 93PA00699, où elle cite la « décision du 10 juillet 1991 [rendue] par la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur un renvoi préjudiciel ».

[53] CE, 15 avril 1996, *Transports Freymuth*, n° 142020. Il s'agissait dans cette affaire *Freymuth* des entraves pouvant être apportées à la libre circulation des marchandises justifiées par des exigences impératives tendant à la protection de l'environnement et devant être considérées comme des mesures non discriminatoires et proportionnées à l'objectif recherché.

Conseil d'État cite deux arrêts de la CJCE qui n'ont pas été rendus à titre préjudiciel. La règle du précédent est donc appliquée au-delà des arrêts interprétatifs et appréciatifs de validité, c'est-à-dire à tout le contentieux de l'Union.

Les difficultés procédurales décrites qui interviennent dans la phase préalable au renvoi préjudiciel ne sont cependant pas les seules à entacher le renvoi préjudiciel et le dialogue des juges, puisque les juridictions sous examens ont également exprimé des rivalités en aval du mécanisme préjudiciel.

2) Les difficultés procédurales en aval : la problématique des effets des décisions préjudicielles

Les traités font peu mention de l'autorité qu'ils entendent accorder aux arrêts de la Cour de justice, que ce soit lorsqu'elle se prononce sur la validité (a) ou sur la signification (b) d'une norme de l'Union. Le problème est de savoir si les arrêts de la Cour peuvent établir des règles nouvelles, obligatoires tant pour les institutions nationales et européennes que juridictionnelles.

Dans « une pétition de principe le Conseil d'État affirme que « les décisions des Cours internationales ne peuvent avoir […], puisqu'elles sont saisies de litiges déterminés, que l'autorité relative de la chose jugée et ne peuvent dès lors lier le juge français dans la solution d'autres litiges »[54]. Se retrouve ici l'expression de la défiance du juge administratif vis-à-vis du droit supranational en général et en particulier à l'égard du droit de l'Union. Des difficultés se sont également présentées concernant les effets dans le temps des arrêts préjudiciels (c).

a) L'autorité de chose jugée à titre préjudiciel concernant les décisions se prononçant sur la validité

Selon la doctrine il aurait fallu reconnaître un effet *erga omnes* aux arrêts appréciatifs de validité, laissant aux juges nationaux « l'unique possibilité d'appliquer selon ses termes l'arrêt rendu »[55], sauf s'ils décident de réinterroger la Cour. Les arrêts interprétatifs lieraient les juridictions nationales « quasiment à l'identique »[56] mais pas totalement, dans la mesure où l'interprétation donnée peut évoluer, alors qu'une fois la question de la validité tranchée, la Cour ne saurait y revenir en l'absence d'éléments nouveaux. Il s'agit bien d'une alternative : soit le texte est valide

---

[54] O. Dugrip cite ici une étude du Conseil d'État : *Droit international et Droit français*, publiée à La documentation française en 1986, p. 31 : O. DUGRIP, in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD, (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, *op. cit.*, p. 61.

[55] D. BLANCHET, « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 37, avril-juin 2001, p. 420.

[56] *Ibidem.*

(même partiellement), soit il ne l'est pas mais la réponse à cette question n'est pas particulièrement mouvante.

Pour ce qui est de l'appréciation de validité, la Cour de justice dans l'arrêt *International Chemical corporation* du 13 mai 1981[57] pose le principe de l'autorité absolue de ses arrêts d'invalidité ; elle statue en ces termes : « un arrêt de la Cour constatant en vertu de l'article 177 du traité l'invalidité d'un acte d'une institution, en particulier d'un règlement […], bien qu'il ne soit adressé directement qu'au juge qui a saisi la Cour, constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre ».

La Cour de justice reconnaît ici l'effet *erga omnes* des arrêts déclarant l'invalidité, et, ce faisant, elle « renforce très sensiblement le contrôle qu'elle exerce sur les juridictions nationales »[58] car de surcroît, par l'arrêt *Foto-Frost*, elle étaye cette jurisprudence en se reconnaissant un monopole dans la déclaration d'invalidité du droit communautaire. Concernant ce monopole combiné à l'effet direct des directives, un arrêt récent parmi bien d'autres est significatif. Il s'agit de l'arrêt de la Cour administrative de Lyon du 2 avril 2009[59] : dans cette affaire la société requérante contestait la validité d'une décision de la Commission, au regard de l'article 253 TCE quant à sa motivation et faisait valoir qu'elle était entachée d'erreur de fait ainsi que d'erreur de droit au regard des stipulations des articles 87 et 88 du Traité. La Cour a considéré que la société requérante, ne faisant pas partie des personnes directement concernées par la décision en litige, était recevable à en contester la validité devant le juge administratif, qui lui était cependant incompétent pour régler la question de validité et dès lors renvoyait une question préjudicielle à la Cour de justice, seule compétente, pour résoudre la difficulté. Dans cette configuration particulière, la question de savoir si le juge interne n'est pas en réalité un filtre à l'exercice par le juge de l'Union du contrôle de la validité de certains actes de l'Union se pose avec une particulière acuité.

Ceci étant dit, l'autorité accordée aux décisions préjudicielles prononçant l'invalidité sera bien une autorité absolue alors que seule une autorité relative sera reconnue pour les arrêts constatant l'inexistence d'invalidité. La raison de cette dichotomie se trouve en ce que les arrêts qui rejettent le renvoi préjudiciel en

---

[57] CJCE, 13 mai 1981, *International Chemical corporation*, n° 66/80.

[58] O. DUBOS, *Les juridictions nationales juges communautaires. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union Européenne*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des Thèses, 2001, n° 526, p. 651.

[59] CAA Lyon, 2 avril 2009, *Société Régie Networks*, n° 06LY01447.

appréciation de validité ne se prononcent pas sur tous les moyens susceptibles[60] de se présenter. Une décision rejetant une question de validité ne délivre pas de brevet de validité, à l'instar des décisions du Conseil constitutionnel français se prononçant en faveur de la constitutionnalité des dispositions analysées, ces décisions ne délivrent pas de brevet de constitutionnalité.

b) L'autorité des décisions préjudicielles concernant les décisions interprétatives

La Cour de justice ne partage pas l'analyse faite par le Conseil d'État concernant les arrêts interprétatifs. Dans sa jurisprudence, la Cour parle d'autorité absolue[61]. Mais cette autorité peut être remise en cause par la faculté reconnue aux juridictions nationales d'exercer un double renvoi demandant, notamment[62], confirmation de la jurisprudence précédemment énoncée[63].

Ceci ouvre une brèche dans le principe de l'autorité absolue des arrêts interprétatifs et prouve que les arrêts préjudiciels ne sont pas nécessairement tous revêtus de l'autorité absolue de la chose jugée[64].

Dans l'arrêt du 27 mars 1980, la Cour pose néanmoins le principe selon lequel la règle telle qu'interprétée « peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation »[65]. Elle opte donc pour une autorité qui dépasse le cadre du litige principal et qui s'intègre ou s'incorpore à l'acte interprété. Le sens ainsi donné à la disposition doit être celui retenu depuis son entrée en vigueur. Les juridictions nationales peuvent alors s'appuyer sur les interprétations précédentes de la Cour[66], ce qui légitime par certains abords l'utilisation de la règle du précédent.

---

[60] En effet, la Cour, quand elle statue à titre préjudiciel, fait application de la règle de l'*in petita*, elle ne statue que sur les moyens d'invalidité qui lui sont présentés, outre le fait qu'il lui arrive de reformuler les renvois, ou de les déclarer sans objet : CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteeders et autres*, affaire 352/85.

[61] J. BOULOUIS, dans *Gouverner, administrer, juger : Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 157.

[62] Il sera étudié l'autre rôle attaché à la faculté de double renvoi par la suite, à savoir la possibilité pour le juge national de proposer de faire modifier la jurisprudence de l'Union en se munissant d'éléments nouveaux.

[63] H. LABAYLE, « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *op. cit.*, p. 167.

[64] CJCE, 29 janvier 1975, *Alaimo contre Préfet du Rhône*, affaire 68/74.

[65] Affaires 66, 127 et 128/79.

[66] CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa en Shaake N.V., Jakob Meijer N.V., Hoechst-Holland N.V. contre Administration fiscale néerlandaise*, affaires 28/62 et 30/62.

c) Les effets temporels des décisions préjudicielles

Le Conseil d'État n'a pas suivi le raisonnement de la Cour de justice au sujet des effets temporels des arrêts préjudiciels dans l'affaire *ONIC*[67]. Cette affaire concernait la validité des règlements communautaires relatifs au mode de calcul des montants compensatoires monétaires applicables aux produits transformés à partir du maïs. Il a préféré tirer lui-même les conséquences temporelles de l'arrêt préjudiciel, en retenant le principe de l'effet rétroactif[68]. Il a donc réitéré sa jurisprudence de défiance à l'endroit de la Cour de justice et refusé d'appliquer les considérations communautaires relatives aux effets *ratione temporis*, considérant que la Cour de justice avait statué *ultra petita*.

La question des effets temporels des arrêts préjudiciels est en cours d'évolution et les réticences exprimées par le juge administratif sont en train de s'estomper, il convient donc d'analyser cette thématique avec les autres éléments de cet apaisement des relations entre les interlocuteurs sous examens.

En effet, les réticences exprimées par le juge administratif français, au sujet de l'automaticité du renvoi préjudiciel ou des effets des arrêts de la Cour, peuvent avoir été bénéfiques et salutaires dans l'instauration d'un dialogue.

N'ayant pas accepté directement l'autorité que la Cour croyait pouvoir imposer aux juridictions internes, il a fait naître des dissensions entre les deux ordres juridictionnels. Mais cette attitude semble avoir contribué à la mise en place de l'Europe des juges. Instillant ainsi, de force et par nécessité, un dialogue sur des points centraux du mécanisme, ayant nécessairement des retombées sur l'ensemble du droit de l'Union européenne, du fait de la place centrale du mécanisme préjudiciel dans la construction, le juge administratif français comme la Cour de justice ont réussi à ébaucher un dialogue équilibré.

[67] CE, Section, 9 mai 1980. Monsieur le Juge Bonichot note le refus « de tenir compte de l'arrêt rendu à titre préjudiciel dans tous ses aspects » (J.-C. BONICHOT, « Convergences et divergences entre le Conseil d'État et la Cour de justice des Communautés Européennes », *RFDA*, n° 5, juillet-août 1989, p. 587).

[68] CE, Section, 26 juillet 1985, *Office National Interprofessionnel des céréales*, n° 42204, confirmé par l'arrêt CE, 13 novembre 1985, *ONIC*, n° 44434, suite à un jugement du tribunal administratif de Châlons-sur-Marne : « Le tribunal administratif d'Orléans s'est borné à tirer les conséquences de la réponse donnée par la Cour de justice à la question préjudicielle qu'il lui avait soumise ; […] si la Cour de justice a ajouté à la réponse qu'elle a ainsi donnée à la question dont elle était saisie la mention que « l'invalidité » constatée ne devrait pas avoir d'effet […] pour la période antérieure à la date de l'arrêt, cette appréciation, qui n'entre pas dans les limites de la question posée par le juge du fond, ne pouvait s'imposer à celui-ci avec l'autorité de la chose jugée ».

II – Les modalités d'un dialogue équilibré

L'instauration d'un dialogue entre le juge administratif et le juge de l'Union européenne ne s'est pas fait dès la mise en place du mécanisme préjudiciel. Mais les réticences exprimées par les juridictions, une fois dépassées, peuvent être considérées comme autant d'éléments déclencheurs d'un échange assez équilibré dans le cadre de cette répartition originale de compétences (1). Cette démarche n'est pas encore parfaite, il est dès lors possible d'envisager des changements de comportement ainsi que des changements procéduraux susceptibles de contribuer à l'épanouissement et au renforcement du dialogue des juges (2).

1) L'apaisement des tensions : un équilibre acquis par le dialogue

Il est possible de considérer que le pas décisif a été franchi par la Cour de justice, dans la mise en place d'une certitude : l'absence d'automaticité du renvoi (a), ce qui a permis l'instauration d'un dialogue entre les ordres de juridictions (b).

a) <u>Les apports de l'absence d'automaticité de mise en œuvre du mécanisme procédural dialogique</u>

Dans l'arrêt *CILFIT*[69], la Cour a jugé « qu'il n'y a pas matière à renvoi préjudiciel lorsqu'elle s'est déjà prononcée sur une question et lorsque « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » »[70]. Les juridictions nationales ont donc une marge d'appréciation dans l'application des dispositions de l'article 267 TFUE.

Leur raison est prise en compte dans l'évaluation de la nécessité du renvoi (qu'il soit obligatoire ou facultatif). Il est délivré aux juridictions internes une faculté de discernement qui ne leur avait pas été reconnue expressément par les traités voire leur avait été déniée dans le cas des juridictions suprêmes puisqu'il s'agissait d'obliger ces dernières à saisir la Cour en cas de question d'interprétation ou d'appréciation de validité.

[69] CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, n° 283/81 : la Cour de justice indique que « l'alinéa 3 de l'article 177 vise plus particulièrement à éviter que ne s'établissent des divergences de jurisprudence à l'intérieur de la communauté sur des questions de droit communautaire » étant donné que les juridictions nationales ont « qualité de juges chargés de l'application du droit communautaire » et que la Cour n'intervient que de manière subsidiaire, puisque son rôle est de suppléer les juges des États membres lorsque ceux-ci ont des problèmes quant à l'interprétation ou la validité du droit communautaire.

[70] B. Stirn, « Le Conseil d'État et le droit communautaire. De l'application à l'élaboration », *AJDA* 1993 p. 244.

Cette marge de manœuvre semble être celle qui avait été ébauchée par le Conseil d'État et reprise par la plupart des juridictions nationales, celle que la doctrine avait prise pour un signe de défiance à l'égard de la Cour et de son autorité.

i) Concernant l'appropriation de la théorie de l'acte clair

À première vue en effet, par son arrêt *CILFIT*, la Cour de justice accepte l'utilisation de la théorie l'acte clair. Elle insiste sur le fait que le renvoi préjudiciel est une coopération entre les juges.

Cependant à y regarder de plus près, elle limite son utilisation, canalise et encadre en quelque sorte cette théorie, dans le but de sauvegarder sa compétence, d'assurer au mieux la bonne application du droit communautaire, d'éviter les éventuels dérapages et de limiter les possibilités pour le juge national de recourir à cette théorie[71] ou d'en limiter les abus[72].

Pour certains il s'agit néanmoins de faire confiance aux juges du fond, cette confiance étant caractérisée par une acceptation de leurs pouvoirs d'appréciation, ne pouvant dès lors « que fortifier les bonnes relations entre les centres juridictionnels nationaux et communautaire »[73].

Il semble exister alors deux visions[74] (presque antagonistes) de la technique procédurale de l'acte clair : d'une part, celle du Conseil d'État ayant pour but de limiter la compétence de la Cour de justice et de sauvegarder sa propre compétence ; et d'autre part, celle de la Cour de justice, ayant pour finalité d'en canaliser l'utilisation, pour rester maîtresse de la bonne application du droit de l'Union. La doctrine a appelé cette dernière vision la technique de l'acte éclairé.

Il reste que la Cour de justice, par l'appropriation de la jurisprudence développée par la Haute juridiction administrative, a su faire un pas en direction du juge national, qui semble avoir été suivi, au moins partiellement et en apparence par la jurisprudence communautaire. Ce faisant, la Cour a favorisé la reconnaissance de

[71] Le Professeur Vandersanden va même jusqu'à considérer « que cette théorie est en réalité vidée de son contenu et que l'obligation de saisine reste intacte » : G. VANDERSANDEN, « La procédure préjudicielle : à la recherche d'une identité perdue », in M. DONY et A. DE WALSCHE (dir.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 638.

[72] P. PESCATORE, « Le renvoi préjudiciel – L'évolution du système », in P. PESCATORE, *Études de droit communautaire européen 1962--2007*, Bruxelles, Bruylant, collection de droit de l'Union Européenne, grands écrits, 2008, p. 857. Cette même appréciation se retrouve chez T. Koopmans : T. KOOPMANS, « La procédure préjudicielle – victime de son succès », in *Du droit international au droit de l'intégration : Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 347 et s.

[73] K. LENAERTS, « La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel », observations sous l'arrêt *CILFIT*, *CDE*, n° 3, 1983, p. 495.

[74] H. LABAYLE, « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *op. cit.*, p. 165.

l'autorité des juridictions nationales, dans la détermination et la construction du droit processuel de l'Union et permis la mise en place progressive d'une meilleure assise au dialogue entre les juges par le mécanisme préjudiciel.

Le Conseil d'État semble avoir également accepté les nouvelles conditions posées par la Cour dans l'utilisation de la théorie de l'acte clair. L'arrêt *Société Jean Lion*[75] en est le premier exemple, mais l'évolution n'est pas visible en substance, étant donné que le Conseil d'État utilise toujours la formule : « qu'il ressort clairement des dispositions », sans donner d'autres indications sur les éléments qui fondent sa décision. Il s'agissait d'un contentieux assez technique relatif à un « certificat d'exportation de sucre » et au calcul des montants compensatoires ainsi qu'à celui des restitutions à l'exportation.

Cet arrêt montre néanmoins, pour la première fois, une marque d'orthodoxie du Conseil d'État à l'égard de la jurisprudence communautaire. C'est également et surtout la preuve qu'un éclaircissement était bien nécessaire sur le point de savoir si le renvoi préjudiciel était automatique ou si les juridictions internes disposaient d'une marge de manœuvre.

Enfin relevons que par « la jurisprudence *Arcelor*, le juge administratif français a les moyens de contrôler complètement les actes qui transposent les directives communautaires. Il exerce une partie de ce contrôle, en quelque sorte par délégation de la Cour de justice […]. Il renvoie à la CJCE l'examen des moyens qui apparaissent sérieux au regard de principes protégés dans l'ordre communautaire […]. [Cette jurisprudence] a été reçue et appréciée à Luxembourg comme un élément important du dialogue et, mieux, de la coopération des juges »[76]. Il n'existe donc aucun obstacle de principe à l'application de la théorie de l'acte clair si elle est utilisée dans une situation où la clarté est manifeste.

Il est dès lors aujourd'hui possible de constater que le juge administratif assume son rôle de « juge de droit commun du droit communautaire » car actuellement c'est « seulement lorsqu'il rencontre un doute sérieux, qu'une étude approfondie du droit communautaire ne permet pas de surmonter »[77], qu'il renvoie. Dans cette perspective alors, la Cour de justice est amenée à apporter son aide aux juges nationaux pour leur permettre de rendre la justice de manière satisfaisante et uniforme dans l'ensemble de l'Union. Il s'agit là d'une preuve de la rationalisation du mécanisme préjudiciel et de sa bonne application par le juge interne, même réfractaire à l'origine.

[75] CE, Section, 12 décembre 1986, *Société Jean Lion et Compagnie*, n° 39237.

[76] S. BRONDEL et M.-C. DE MONTECLER : interview de J.-M. Sauvé : « Je me sens pleinement responsable de tous les degrés de la juridiction administrative », *AJDA* 2007, p. 556.

[77] D. CHAVAUX et T.-X. GIRARDOT, « Application des règles de concurrence aux actes administratifs », *AJDA* 1997, p. 142.

ii) Concernant l'appropriation de la règle du précédent

La règle du précédent intégrée par la jurisprudence *CILFIT* pousse les juridictions nationales[78] à se tenir au courant de la jurisprudence européenne et de ses éventuelles évolutions[79]. Elles ne peuvent pas, en application de cette jurisprudence dans son versant relatif à la règle du précédent et par principe, poser deux fois la même question d'interprétation ou d'appréciation de validité à la Cour luxembourgeoise.

Une juridiction pourra cependant poser une question préjudicielle à la Cour de justice, alors que cette dernière l'a déjà tranchée dans une affaire « similaire ». La juridiction interne doit alors se munir d'éléments nouveaux susceptibles de faire changer l'appréciation de la Cour. Soit la Cour de justice rappelle sa jurisprudence antérieure et ne change alors pas de position ; soit, au vu des nouveaux éléments avancés par les juges du fond, elle change sa jurisprudence et accepte les propositions faites insidieusement par la juridiction de renvoi.

Cette situation s'est produite récemment dans l'affaire *Olazabal*[80], où le Conseil d'État français a reposé une question que la Cour avait antérieurement tranchée, en se munissant d'éléments nouveaux[81], mais également en s'appuyant sur la jurisprudence existante de la Cour[82]. Suite à ce renvoi, la Cour est revenue sur son arrêt *Rutili*[83].

---

[78] En 1979 le Conseil d'État utilise de manière satisfaisante la règle du précédent dans l'arrêt du 8 avril, *Union régionale des coopératives d'élevage et d'insémination artificielle du nord de la France*. En 1983 dans l'affaire *SUCRIMEX* et en 1984 dans l'affaire *Intersyndicale des fabricants d'aliments d'allaitement*, la Haute juridiction administrative en fait autant. Cf. également l'article du Professeur J.-F. COUZINET, « Le Conseil d'État, la Cour de Cassation et le renvoi préjudiciel : des progrès mais peuvent mieux faire », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Isaac : Cinquante ans de droit communautaire*, Aubenas d'Ardèche, Presses de l'Université des sciences sociales, tome 2, 2004, pp. 803-819, spécialement p. 810.

[79] Pour améliorer cet état de fait il faudrait éventuellement permettre aux juridictions d'avoir un soutien de la part des greffes respectifs, leur assurant un temps de recherche moindre et mettant ainsi les greffes au fait de l'importance que revêtent le droit de l'Union Européenne et la jurisprudence qui en est issue.

[80] CE, 29 décembre 2000, *Ministre de l'Intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, n° 206913, ayant donné lieu à : CJCE, 26 novembre 2002, *Ministre de l'intérieur contre Aitor Oteiza Olazabal*, affaire C-100/01.

[81] La « saisine de la Cour devient certainement superflue lorsqu'il existe déjà sur la question une jurisprudence établie de la Cour. Dans ce cas, il n'y aura lieu de la saisir à nouveau de la question, que si la juridiction nationale n'est pas d'accord avec cette jurisprudence et a des arguments pour demander à la Cour de la modifier » : G. OLMI, « Les hautes juridictions nationales, juges de droit communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration : Liber amicorum Pierre Pescatore*, *op. cit.*, p. 531.

[82] CJCE, 18 mai 1982, *Diana contre Commission européenne*, n° 78/80.

[83] CJCE, 28 octobre 1975, Rutili, affaire 36/75. La Haute juridiction administrative « s'emploie à mettre en lumière les éléments de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg susceptibles d'être invoqués au soutien d'un assouplissement de la jurisprudence *Rutili* » : Y. ROBINEAU, « De l'affaire *Rutili* à l'affaire *Olazabal* », in *Le dialogue des juges : mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 904.

Dans cette affaire, le dialogue des juges semble ne pas être entravé par la règle du précédent[84] voire même s'enrichir par le biais de l'exception posée à cette règle. Mais il faut reconnaître que cette situation reste assez exceptionnelle.

La requête présentée devant le Conseil d'État était dirigée contre un arrêté du ministre de l'intérieur interdisant au requérant de résider dans trente-et-un départements afin de l'éloigner de la frontière espagnole et un arrêté préfectoral lui interdisant de quitter le département dans lequel il résidait sans autorisation. La solution du litige dépendait de la question de savoir si les dispositions des articles 6, 8A et 48 du Traité de Rome, le principe de proportionnalité applicable aux situations régies par le droit de l'Union ainsi que les dispositions de droit dérivé, s'opposaient à ce qu'un État puisse prononcer à l'égard d'un ressortissant d'un autre État membre une mesure de police administrative limitant le séjour de ce ressortissant à une partie du territoire national pour des raisons d'ordre public.

Dans sa réponse, dès le début de l'arrêt préjudiciel, la Cour de justice s'inscrit dans le sens voulu par le Palais Royal et retire à l'arrêt *Rutili* son caractère de jurisprudence de principe. Le raisonnement suivi par la Cour ensuite est très proche de celui développé par le Conseil d'État dans son renvoi[85].

Cette illustration montre qu'il arrive que les évolutions jurisprudentielles se produisent par le biais de questions préjudicielles posées par des juridictions nationales et que des rapprochements de politiques jurisprudentielles sont envisageables au niveau de l'Union toute entière.

Les juges ont dans cette configuration procédurale l'occasion de dialoguer, puisque le juge national doit présenter des arguments à la Cour de justice afin qu'elle modifie sa jurisprudence[86].

b) Les autres facteurs permettant d'admettre un dialogue des juges équilibré

Pour la première fois, le Conseil d'État réuni en Section, dans l'arrêt *Conseil National des Barreaux* du 10 avril 2008[87], cite dans les visas deux jurisprudences communautaires. Cet élément, bien que les références à ces arrêts communautaires ne soient pas très précises, peut être un autre signe d'apaisement des tensions entre les deux ordres juridictionnels. La jurisprudence de la Cour de justice semble avoir

---

[84] Cf. sur ce point Y. ROBINEAU, « De l'affaire *Rutili* à l'affaire *Olazabal* », *ibidem*, pp. 903-909.

[85] Cet élément est remarquable car la formulation des questions préjudicielles peut avoir une influence certaine sur les réponses données par la CJCE, comme l'avait indiqué le commissaire du gouvernement Madame Questiaux dès ses conclusions sous l'arrêt *Société des Pétroles Shell Berre et autres*, comme l'a soutenu également Monsieur le juge Bonichot lorsqu'il était commissaire du gouvernement devant le Conseil.

[86] Par exemple : CJCE, 21 avril 1988, *Pardini*, affaire 338/83.

[87] CE, 10 avril 2008, *Conseil National des Barreaux*, n° 296845.

acquis, au fur et à mesure, une véritable valeur voire une force comparable aux règles de droit écrites.

Dans son récent arrêt *Gardedieu*, le Conseil d'État « avant d'examiner le fond » tranche la question de savoir s'il est nécessaire de renvoyer une question préjudicielle. Il donne un véritable « « mode d'emploi », en relevant qu'il appartient à la juridiction, lorsqu'elle est saisie d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de la CEDH, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations et qu'il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué, ou, dans le cas contraire, de saisir la CJCE d'une question préjudicielle »[88].

Cette jurisprudence tire les conséquences de l'arrêt *Foto-Frost*, qui interdit aux juridictions nationales inférieures de disposer de leur faculté de renvoi en cas de question d'appréciation de validité, ainsi que de l'arrêt *CILFIT*, qui « précise que les juridictions nationales peuvent s'abstenir de saisir la Cour lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose « avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée » »[89].

Notons que la façon dont sont posées les questions préjudicielles par le juge administratif français est également démonstrative de l'existence d'une volonté de coopérer avec la Cour de justice[90].

---

[88] J. BOUCHER et B. BOURGEOIS-MACHUREAU, « Le droit international, le droit communautaire, le droit interne et … le juge administratif », *AJDA* 2008, p. 1085. Cf. également l'article de M. GAUTIER, « De Bruxelles à Paris en passant par Luxembourg et en songeant à Strasbourg : exemple de dialogue des juges », *Droit Administratif*, n° 6, juin 2008, commentaire n° 83.

[89] *Ibidem*.

[90] Dans la jurisprudence récente, prenons quelques exemples. Dans l'affaire *Société Solgar Vitamin's et autres* (CE, 17 décembre 2007, n° 295235), le Conseil d'État part d'une question de compétence de substitution, concernant la reconnaissance mutuelle applicable aux compléments alimentaires et demande à la Cour de détailler l'étendue de cette compétence et les modalités de son exercice. En 2008, le Conseil d'État propose à la Cour de se placer dans l'alternative qu'il lui présente en posant sa question concernant la compatibilité des législations nationales relatives aux paris et aux jeux en ligne avec le droit de l'Union avec le principe de libre prestation de service (CE, 9 mai 2008, *Société Zertuf Limited*, n° 287503). Dans un arrêt de renvoi du 27 juin 2008, le Conseil d'État semble vouloir donner un effet utile (dans son arrêt *Société Graphic Procédé*, n° 296591, le juge administratif étend le champ de la question dont la réponse est indispensable à l'issue du litige en demandant en substance les éléments et critères permettant de distinguer les livraisons de biens des prestations de services. En sens contraire, il est possible d'indiquer que le renvoi fait dans l'arrêt CE, 3 juillet 2009, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique contre Société Accor*, n° 317075, se limite au cas d'espèce et ne permettrait pas au renvoi préjudiciel de remplir son objectif d'utilité si la Cour de justice n'allait pas au-delà de la question posée dans sa réponse) à son renvoi préjudiciel en posant de manière large une question qui pourra dès lors resservir aux autres juridictions et pour d'autres activités que la reproduction graphique. Les deux derniers arrêts de renvoi rendus par le Conseil d'État concernent d'une part la notion de produit défectueux et la possibilité d'appliquer cette notion dans l'environnement hospitalier et dans le domaine des dons d'organes (CE,

Pour revenir sur les effets des arrêts préjudiciels, le Conseil d'État semble avoir intégré le dépassement de l'autorité relative de la chose jugée en 2001 dans son arrêt *France Nature Environnement*[91], en utilisant la règle du précédent.

En 2006, le Conseil d'État accepte que les interprétations données par la Cour de justice s'imposent au juge national, même si elles vont au-delà de la question posée par le renvoi préjudiciel. Il s'agit de l'arrêt d'Assemblée du 11 décembre 2006, *Société Groot en Solt Alium BV et autres*[92]. Dans cet arrêt, un net infléchissement de l'opposition de principe du juge administratif, vis-à-vis de l'autorité de la chose interprétée et au regard des *obiter dicta* délivrés par la Cour, s'est produit.

Selon le Président B. Stirn, « cette décision, qui donne pleine autorité aux réponses données par la Cour de justice aux questions préjudicielles, s'inscrit dans le cadre d'une écoute attentive des jurisprudences »[93]. En d'autres termes, il s'agit bien là d'une grande avancée pour l'établissement du dialogue entre les juges. Et d'ailleurs le Vice Président du Conseil d'État s'en félicite[94]. Cependant, sur ce point, avec le recul et les éclaircissements jurisprudentiels, il est possible de parler plus facilement d'un infléchissement, car la Cour de justice a posé certaines conditions de fond devant être réunies pour faire application de l'exception au principe de l'effet *ex tunc* de ses arrêts préjudiciels[95]. L'effet *ex nunc*[96] des arrêts préjudiciels n'est pas posé

4 octobre 2010, *Centre hospitalier universitaire de Rouen*, n° 327449) et d'autre part le droit des étrangers et la question de l'interdiction du retour, sans entrée ni transit, ni séjour sur le territoire des autres États membres, d'un ressortissant de pays tiers sur le territoire d'un État membre lui ayant délivré un titre temporaire de séjour (CE, 15 décembre 2010, *Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers*, n° 332363).

[91] Il faut noter que la Cour de Cassation l'avait reconnu en 1998 dans son arrêt *Société Leboeuf*, le Conseil d'État est donc toujours retardataire.

[92] CE, 11 décembre 2006, *Société Groot en Solt Alium BV et autres*, n° 234560.

[93] B. STIRN, « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *op. cit.*, p. 4.

[94] S. BRONDEL et M.-C. DE MONTECLER : interview de J.-M. Sauvé : « Je me sens pleinement responsable de tous les degrés de la juridiction administrative », *op. cit.*, p. 556 : « […] trois des quatre décisions rendues sous ma présidence par l'Assemblée du contentieux ont porté sur l'articulation du droit communautaire et du droit national. Il s'agit de l'arrêt du 11 décembre 2006 *De Groot en Slot* (Voir concernant cet arrêt l'article du Professeur D. SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe*, mars 2007, pp. 5-9), dans l'affaire dite des échalotes […]. Il y a eu, d'abord, l'abandon de la jurisprudence *ONIC* de 1985 et la reconnaissance de l'autorité des appréciations de validité émises par la Cour de justice des Communautés au-delà de la question préjudicielle posée par le Conseil d'État ».

[95] D. Simon notait déjà dans ce même article que : « Même si elle devait rester enfermée dans des limites précises, cette solution n'en introduit pas moins une exception importante à l'effet intrinsèquement rétroactif fournie par la voie du recours préjudiciel » (D. SIMON, « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *ibidem*). Mais une nuance est à apporter à ce revirement de jurisprudence. En effet, « l'abandon de la jurisprudence *ONIC* opéré par la décision

comme un principe, mais comme une exception à manier avec circonspection. Elle utilise cette possibilité avec vigilance et parcimonie, surtout depuis l'expression par les juges du fond de leur désaccord.

Dans l'arrêt du Conseil d'État de 2004 *Association AC*, la Haute juridiction administrative module également les effets dans le temps de ses arrêts d'annulation. Cette jurisprudence a été mise en relation avec la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Mais, ne devrait-elle pas plutôt être analysée comme ayant été prise sur le modèle communautaire, qui module les effets *rationae temporis* de ses arrêts préjudiciels, statuant sur la validité du droit communautaire et étend cette possibilité reconnue par l'article 174 du Traité de Rome aux arrêts interprétatifs dans un souci de sécurité juridique[97] ? Il faut également rapprocher cette réflexion de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, cède également à la tendance générale de modulation dans le temps des effets des décisions juridictionnelles, ceci met en exergue la nouvelle tendance ou la nécessité de subjectiver les contentieux de la légalité qui doivent en principe être objectifs[98].

Dans ces perspectives, le dialogue des juges semble être devenu une nouvelle façon de dire le droit. De ce fait, il convient d'apprécier maintenant les éventuels aménagements procéduraux nécessaires à l'optimisation du renvoi préjudiciel dans ce cadre nouveau, afin de permettre aux juridictions d'exercer de façon rénovée et innovante le dialogue.

De Groot apporte une dérogation […] au principe selon lequel tous les motifs étrangers au renvoi préjudiciel sont normalement revêtus de l'autorité de chose jugée dans l'arrêt avant dire droit. La décision *De Groot* reconnaît à la Cour le pouvoir d'interpréter la question qui lui est posée, de se saisir d'office de toute question de droit communautaire utile à la solution du litige, et accepte de conférer une autorité absolue à tout ce que la Cour dit pour droit. Il n'aura toutefois échappé à personne que, dans son arrêt du 10 janvier 2006, la 2ème chambre de la Cour, emportée par son élan, s'est crue autorisée à vider complètement le litige en statuant aussi sur les faits en cause devant le juge national » (C. LANDAIS et F. LENICA, « Ni capitulation ni rébellion : dialogue », *AJDA* 2007, p. 136). Donc, malgré les avancées, la répartition des compétences entre les juridictions n'est toujours pas pleinement assurée.

[96] C'est-à-dire pour l'avenir seulement.

[97] Notons que la tendance jurisprudentielle favorable à la modulation des effets dans le temps des décisions d'annulation vient d'une décision de la Cour constitutionnelle allemande et a été réceptionnée aujourd'hui dans la plupart des hautes juridictions européennes. Il s'agit là d'une preuve du dialogue jurisprudentiel existant tant entre les juridictions des États membres qu'avec les juridictions européennes.

[98] Il convient également de noter que ce dialogue peut à l'avenir se développer avec la Cour européenne des droits de l'Homme, dans le cadre de la future adhésion de l'Union à la Convention : cf. sur ce point D. SIMON, « « Les sommets juridictionnels » : un moment fort de « dialogue des juges » ? », *Europe*, mars 2011, repère 3. Le Professeur D. Simon parle d'interprétation parallèle des normes entre la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'Homme.

2) Les évolutions procédurales envisageables afin de consolider un dialogue bénéfique

Même si effectivement le système élaboré par les rédacteurs des traités originels est particulièrement bien construit, l'évolution des besoins permet de considérer que certains aménagements procéduraux seraient à prévoir. En effet le risque d'une juxtaposition de monologues est à écarter mais le dialogue des juges par le mécanisme préjudiciel reste à perfectionner par des outils procéduraux nouveaux.

a) Concernant l'exercice du contrôle de validité du droit de l'Union

Le dialogue semble plus facile à instaurer entre les juges dans la branche interprétation où les juridictions internes peuvent exprimer des doutes et des arguments, aidant ainsi la Cour à résoudre la question. Dans la branche appréciation de validité, la Cour est seule pour aider les juges à rendre leur décision[99]. L'instauration d'un dialogue sera dès lors plus délicate. Dans le contrôle de la validité des normes de l'Union Européenne, il n'y a qu'une alternative, soit il y a validité, soit il y a invalidité, qu'elle soit partielle ou totale seule la Cour est compétente pour en juger.

Il conviendrait cependant pour les juges internes de construire un raisonnement au sein de leur demande de renvoi préjudiciel, au vu des éléments de droit, afin de mener la Cour à, éventuellement, le suivre et à adopter la solution qu'il préconiserait. Il devrait éviter de se contenter de poser une question.

b) La prise en compte des arguments d'autres juridictions nationales dans la prise de décision

Le renvoi préjudiciel effectué par la Cour de cassation dans l'affaire *Melki* peut être la preuve de l'élargissement du dialogue et de la diversification de ses canaux. Tout en restant dans le cadre du renvoi préjudiciel, la Cour de justice s'est inspirée de la jurisprudence tant du Conseil d'État que du Conseil constitutionnel pour établir sa position sur le point de savoir si le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité était compatible avec le caractère primaire du droit de l'Union Européenne et donc du renvoi préjudiciel. Ceci même si cette jurisprudence française a été dégagée par le biais *d'obiter dicta* des deux juridictions, la Cour en a tenu compte de manière certaine et s'en est inspirée de manière affichée[100].

---

[99] Le mécanisme préjudiciel serait donc un système d'aide à la décision au seul bénéfice des juridictions nationales.

[100] Pour ce qui est du reste, il est indispensable autant que délicat de noter que les juridictions nationales et de l'Union sont composées de personnes qui sont plus ou moins proches les unes des autres et que les communications privées ou informelles peuvent avoir une grande influence sur l'élaboration du dialogue des juges.

La Cour de justice devrait pouvoir s'appuyer à titre moins exceptionnel sur les jurisprudences nationales pour assoir sa conception et sa réponse tant sur le plan de l'interprétation que de la validité du droit de l'Union.

c) L'intervention du Tribunal de l'Union

Le Traité de Maastricht, dans son article 225, § 2 érigeait en principe le fait que le Tribunal « n'a pas compétence pour connaître des questions préjudicielles soumises en vertu de l'article 234 ». Selon des membres de la doctrine, cet abandon du Tribunal « est heureux, non seulement sur le plan du rôle historique de la Cour, mais également pour satisfaire à la clarté »[101]. L'introduction du Tribunal de l'Union Européenne dans le mécanisme préjudiciel (voir l'actuel article 256, § 3 TFUE), aurait pu créer des divergences de jurisprudences entre les juridictions communautaires, entendues au sens strict.

L'une des solutions à préconiser serait de donner au Tribunal les renvois des petites juridictions, ou le soin d'établir les ordonnances sur les affaires déjà balisées, pour désengorger la Cour. Il faudrait alors qu'un tri des affaires soit effectué par le greffe à Luxembourg et validé par le Président de la Cour, notamment pour assurer que des questions particulièrement importantes ne lui soient pas nécessairement confiées.

Le Traité de Nice est censé avoir ouvert au Tribunal « le sacro-saint domaine des questions préjudicielles »[102] pour certaines matières. La doctrine a annoncé, à cette époque, « la fin du monopole de la Cour de justice »[103] en matière préjudicielle. Le statut de la Cour de justice devait préciser les matières dans lesquelles les renvois préjudiciels seraient adressés au Tribunal, ses décisions pouvant faire l'objet d'un pourvoi devant la CJCE, en principe, limité aux questions de droit, mais cette réforme n'a jamais eu lieu.

La logique employée ne paraît pas tout à fait appropriée. Il ne faudrait pas faire une répartition de compétences Cour/Tribunal en fonction des domaines concernés mais de l'importance des questions posées[104]. Distinguer les affaires et les compétences, en prenant comme critère la matière concernée, n'empêche pas le risque de contradictions et de divergences de jurisprudences entre les juridictions de

[101] M. DARMON, « Réflexions sur le recours préjudiciel », *CDE* 1995, p. 577.

[102] C. BLUMANN, « La réforme du renvoi préjudiciel : un apport inattendu du traité de Nice », in *Mélanges en l'honneur du Professeur G. Isaac : Cinquante ans de droit communautaire*, *op. cit.*, p. 823.

[103] *Ibidem*, p. 824.

[104] Il « serait […] utile que la Cour, victime du succès de la procédure préjudicielle, instaure un véritable dialogue avec la juridiction de renvoi afin de pouvoir écarter certaines questions sans grand intérêt et de se consacrer de façon efficace aux autres » : J.-L. CLERGERIE, *Le renvoi préjudiciel*, Paris, Ellipses, Le droit en question, 2000, p. 165.

l'Union. Il faudrait que l'importance des affaires soit le facteur de répartition de compétences et de partage du contentieux. Dans cette optique, la Cour resterait maîtresse du sens à donner à la jurisprudence européenne et le Tribunal ne ferait que l'entériner et l'appliquer. Il remplacerait par exemple la Cour de justice dans son rôle de rappel de sa jurisprudence exercée par voie d'ordonnances notamment. Ceci permettrait d'ouvrir le dialogue des juges au Tribunal et de permettre à la discussion de se dérouler entre les juridictions nationales, la Cour et lui.

Mais *quid* de la possibilité pour la Cour d'évoluer ou pour les juridictions nationales de remettre en cause la jurisprudence précédemment établie en faisant application de leur faculté de double renvoi ? Il conviendrait peut-être de prévoir une procédure de demande d'avis du Tribunal à la Cour dans les cas où il ressortirait des pièces du dossier qu'une évolution jurisprudentielle est envisageable ou nécessaire. Dans cette hypothèse, le dialogue devrait exister entre les juges auteurs du renvoi et le Tribunal, les premiers devant argumenter auprès de lui, comme ils le feraient devant la Cour, et un éventuel renvoi devant la Cour serait mis en place si le Tribunal considérait les arguments et nouveaux éléments produits aptes à déboucher sur un infléchissement, voire un revirement de jurisprudence.

Il serait également possible de mettre en place un système de double degré[105] de juridiction ordinaire, dans le cadre du renvoi préjudiciel. Dans cette hypothèse il faudrait permettre à l'avocat général de décider de l'appel[106] car ni le juge ni les parties ne seraient légitimes à le faire.

d) Un rôle procédural accru pour les juridictions nationales

Les juridictions nationales devraient être admises à présenter des observations écrites ou orales au cours des procès préjudiciels (tant pendant l'instruction que pendant l'audience). Elles participeraient alors plus activement à la formation de la décision préjudicielle, représenteraient une aide pour la Cour de justice et seraient plus grandement associées au processus dialogique.

De plus, elles seraient placées au même niveau que les gouvernements nationaux et aux représentants des institutions de l'Union, voire à un niveau supérieur car elles sont, en dehors du justiciable, les premières concernées et intéressées par la réponse qui sera donnée à leur renvoi.

Force est cependant de constater, qu'un manque évident de temps et de moyens se présenterait. Imaginons alors la mise en place, certes également coûteuse

---

[105] Y. GAUTIER et S. GERVASONI (conseiller d'État, référendaire à la CJCE), in F. LICHÈRE, in F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS, A. RAYNOUARD, (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?* , *op. cit.*, p. 209.

[106] Voie de recours assimilable à celle du pourvoi dans « l'intérêt de la loi » exercé par le Procureur général près la Cour de cassation.

mais particulièrement enrichissante, d'un représentant permanent de chaque ordre de juridiction interne présent à Luxembourg, ou dans le sens contraire, de mettre les greffes des juridictions nationales activement à contribution.

RÉSUMÉ :

L'attitude du juge administratif français face à la Cour de justice de l'Union européenne et au regard des obligations imposées par la procédure préjudicielle est particulièrement démonstrative des difficultés de mise en place du dialogue des juges.

Le juge administratif a cru pouvoir affirmer son indépendance et son autonomie en utilisant la théorie de l'acte clair ainsi que la règle du précédent. Les abus commis dans l'utilisation de ces moyens procéduraux ont posé de nombreuses difficultés et il en fut de même pour l'autorité et les effets des arrêts préjudiciels.

De son côté la Cour a aussi exprimé des volontés contraires ou incompatibles avec l'instauration d'un dialogue. Elle a voulu affirmer son autorité en utilisant de façon extensive les compétences qui lui avaient délivrées par les Traités.

Fort heureusement, par plusieurs assouplissements jurisprudentiels, les relations se sont bonifiées. Une acceptation mutuelle des compétences, des attributions et des autorités a été acquise par la voie d'un dialogue qu'il convient d'entretenir, de favoriser et de le fortifier par le biais d'échanges courants et de techniques nouvelles.

SUMMARY:

The difficulties to establish a dialogue between judges are well illustrated by French administrative judge's attitude with respect to the European Court of Justice and regarding the preliminary ruling proceedings.

*Indeed, French administrative judges have clearly considered that they could assert their autonomy through the use of the "clear act theory" and the rule of precedent (*stare decisis*). The excessive use of these procedural approaches has been the source of numerous problems, notably for the authority and effects of preliminary ruling decisions.*

For its part, the Court also took positions either radically opposite to that of the national judges, or that at least were not in favour of a putative dialogue. Indeed, the Court has clearly wished to assert its authority over the national judges by an extensive use of the competences European Treaties awarded to it.

This conflictual context has fortunately started to resolve itself through a reciprocal acceptance of competences and prerogatives by the concerned authorities. This emerging dialogue must be reinforced and promoted via routine exchanges and novel techniques. Both jurisdictions will have to steer in harmony in this direction.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Ouvrages :

- *Du droit international au droit de l'intégration : Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, 869 p.
- *Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 166 p.
- *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 11-28
- BLANQUET M. (dir.), *Mélanges en hommage à Guy Isaac : Cinquante ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Tome 2, 2004
- LECOURT R., *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, Grands écrits, 2008 (réédition de l'ouvrage publié en 1976), 321 p.
- LICHÈRE F., POTVIN-SOLIS L. et RAYNOUARD A. (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, Droit et Justice, n° 53, Actes de la Journée d'étude organisée le 10 février 2003 à la Faculté de Droit, d'économie et d'administration de l'Université de Metz, 2004, 242 p.
- LUKASZEWICZ B. et OBERDORFF H. (dir.), *Le Juge administratif et l'Europe : Le dialogue des juges. Actes du Colloque du 50ème anniversaire des Tribunaux administratifs, 12 et 13 mars 2004*, Grenoble, PUG, Europa, 2004, 359 p.
- PERTEK J., *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, coopération entre CJCE et Juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, 238 p.
- RIDEAU J, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, Paris, LGDJ, 5ème édition, 2006, 1281 p.

Revues et articles de doctrine :

- BLANCHET D., « L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire : une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de l'État français du fait de la fonction juridictionnelle ? », *Revue trimestrielle de droit européen*, n° 37, avril-juin 2001, pp. 397-438
- BONICHOT J.-C., « Convergences et divergences entre le Conseil d'État et la Cour de Justice des Communautés Européennes », *RFDA*, n° 5, juillet-août 1989, pp. 579-604

- BOUCHER J. et BOURGEOIS-MACHUREAU B., « Le droit international, le droit communautaire, le droit interne et … le juge administratif », *AJDA* 2008, p. 1085
- BROBERG M. et FENGER N., « L'application de la doctrine de l'acte par les juridictions des États membres », *RTDE*, 46 (4), octobre-décembre 2010, pp. 862-884
- BRONDEL S. et DE MONTECLER M.-C., Interview de J.-M. Sauvé : « Je me sens pleinement responsable de tous les degrés de la juridiction administrative », *AJDA* 2007, p. 556
- CHAVAUX D. et GIRARDOT T.-X., « Application des règles de concurrence aux actes administratifs », *AJDA* 1997, p. 142
- COUSSIRAT-COUSTÈRE V., « Le juge administratif et le droit communautaire, Difficultés anciennes et résistances nouvelles », *Pouvoirs*, n° 46, 1988, pp. 85-96
- COUZINET J.-F., « Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des communautés européennes », *Revue trimestrielle de droit européen* 1976, pp. 648-690
- DARMON M., « Réflexions sur le recours préjudiciel », *CDE* 1995, pp. 577-584
- GAUTIER M., « De Bruxelles à Paris en passant par Luxembourg et en songeant à Strasbourg : exemple de dialogue des juges », *Droit Administratif*, n° 6, juin 2008, commentaire n° 83
- GENEVOIS B., « Le Conseil d'État et l'Ordre juridique communautaire », *EDCE* 1979-1980, pp. 73-93
- JUILLARD P., « Procédure des questions préjudicielles et renforcement du lien communautaire », *RTDE* 1968, pp. 293-331
- KOVAR R., « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *RADE*, vol. IV, tome 1, 1993, pp. 15-22
- LABAYLE H., « Le Conseil d'État et le renvoi préjudiciel à la CJCE », *AJDA* 1983, p. 155
- LANDAIS C. et LENICA F., « Ni capitulation ni rébellion : dialogue », *AJDA* 2007, p. 136
- LENAERTS K., « La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel », observations sous l'arrêt *CILFIT*, *CDE*, n° 3, 1983, pp. 471-500
- MEHDI R., « Justice communautaire », in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004
- PERTEK J., « Renvoi préjudiciel en interprétation et appréciation de validité », *Jurisclasseur, Europe-Traité*, mise à jour du 19 février 2005, n° 3, Fascicules 360-362

- PESCATORE P., « Le renvoi préjudiciel – L'évolution du système », in PESCATORE P., *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Bruxelles, Bruylant, collection de droit de l'Union Européenne, Grands écrits, 2008, pp. 849-860
- PICOD F., « La coopération juridictionnelle », in FINCK J., *L'Union Européenne carrefour des coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 199-233
- RONSE T.et WAELBROECK D., « La Cour de Justice Juridiction suprême », in MAGNETTE P. et REMACLE É. (dir.), *Le nouveau modèle européen*, Volume 1 : Institution et gouvernance, Bruxelles, Université de Bruxelles, Institut d'Études européennes, 2000, pp. 89-103
- STIRN B., « Le Conseil d'État et le droit communautaire. De l'application à l'élaboration », *AJDA* 1993, p. 244
- STIRN B., « Le Conseil d'État et les juridictions communautaires : un demi-siècle de dialogue des juges », *La Gazette du Palais*, 13-14 février 2009, pp. 3-7